

**EL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE «PUERTO
RICO» NECESITA DECLARARSE
EN «BANCARROTA»**

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil (Titular Ac.)
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El Estado Libre Asociado de Puerto Rico se encuentra en crisis. Su situación encierra un complejo conjunto de problemas de carácter jurídico cuya solución dista de ser sencilla. Excluido del ámbito subjetivo de la normativa concursal norteamericana y ante la imposibilidad de aprobar una normativa particular para la isla, el Gobernador reclama una salida, una solución. Pero al margen de cuál sea la decisión por la que finalmente se opte, lo cierto es que la crisis de Puerto Rico constituye el reflejo de una crisis del propio modelo o configuración del Estado Libre Asociado.

Palabras clave: concurso; municipalidad; Puerto Rico.

ABSTRACT

The Commonwealth of Puerto Rico is in crisis. It situation involves a complex set of legal problems whose solution is far from simple. Excluded of the scope of the US bankruptcy laws (Chapter 9) and facing the impossibility of adopting specific rules for the island, Governor demands a solution. But regardless of which decision is finally chosen, it is certain that the crisis in Puerto Rico is the reflection of a crisis of the legal configuration of the Commonwealth it self.

Key words: bankruptcy; municipality; Puerto Rico.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. ORÍGENES DE LA CRISIS DE PUERTO RICO.—III. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE BANCARROTA: ¿UNA SOLUCIÓN PARA PUERTO RICO?: 1. *Breve referencia al régimen concursal estadounidense*. 2. *Régimen aplicable en Puerto Rico*. 3. *Soluciones a la situación de Puerto Rico*.

I. INTRODUCCIÓN

El título de esta Crónica encierra todo un complejo conjunto de problemas jurídicos y económicos cuyo alcance y dimensión es mucho mayor de lo que en un primer momento pudiera pensar el lector. Puerto Rico está en crisis, sí. El pasado 3 de agosto, toda la prensa internacional se hacía eco del incumplimiento del pago de una parte de la deuda de Puerto Rico; en concreto, los 58 millones de dólares correspondientes a una emisión de deuda de una de sus agencias públicas —la Corporación de Financiamiento Público (CFP)—. Pero la crisis de Puerto Rico es mucho más profunda que eso. Se trata de una crisis estructural, e incluso me atrevería a señalar que a la luz de algunos datos podría considerarse que refleja una crisis de modelo, el que deriva de la propia configuración de Puerto Rico como Estado Libre Asociado¹, un Estado con voz pero sin voto en el Congreso EE.UU.

¹ http://internacional.elpais.com/internacional/2015/08/09/actualidad/1439138147_911822.html.

Puerto Rico se integra en EE.UU. en 1898, tras la firma del Tratado de París, al concluir la guerra. Desde hace, pues, 117 años, Puerto Rico ha mantenido una relación particular y estrecha con EE.UU. en virtud de la cual los nacidos en la isla son ciudadanos norteamericanos (desde 1917, con la aprobación de la *Jones Act*), sirven en el ejército, votan en las primarias pero no pueden elegir al Presidente de EE.UU. y tampoco tienen voto en las Cámaras. Su actual estatus fue aprobado en 1950, mediante la Ley 600 of the 81st Congress, 64 Stat. 319, 48 U.S.C. §§ 731b-731e, whose stated purpose was to provide «for the organization of a constitutional government by the people of Puerto Rico».

Su situación o condición política respecto de EE.UU. ha sido objeto de varios referenda, en concreto en 1967, 1991, 1993, 1998 y 2012. Pero es en el último en el que la cuestión sobre el estatuto de Puerto Rico se plantea con mayor claridad. De hecho, las preguntas que se formularon en el referéndum de 6 de noviembre de 2012 fueron dos: i) si se deseaba que Puerto Rico mantuviera su actual estatus; ii) si deseaban que su condición fuera la de Estado, independencia o Estado Libre Asociado. El resultado de la votación fue el siguiente: a la primera pregunta, el 54% votó «no» (46% votó a favor); en cuanto a la segunda, el 61,2% eligió convertirse en un Estado más dentro de la Unión; el 5,49% votó por la independencia, y el 33,34% optó por ser Estado Libre Asociado (los detalles sobre el estatuto de Puerto Rico pueden consultarse en <http://naturalresources.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=398833> (*Examining procedures regarding Puerto Rico's political status and economic outlook*). A pesar de haberse realizado algún debate al respecto en el Congreso, en concreto el 1 de agosto de 2013, y de que el congresista isleño haya presentado una propuesta legislativa —H.R. 727 *Puerto Rico Statehood Admission Process Act*—, ésta no ha sido objeto de debate y la Administración Obama tampoco parece tener clara una postura al respecto y todo parece apun-

Y es que el sometimiento de la isla a una parte de la legislación federal le perjudica o penaliza y compromete su competitividad. Su peculiar condición hace que tampoco pueda recurrir al FMI para solicitar ayuda económico-financiera.

II. ORÍGENES DE LA CRISIS DE PUERTO RICO

Son muchas las causas que han llevado a la «Grecia del Caribe» a esta situación de crisis. El Informe emitido por el Grupo de trabajo para la recuperación fiscal y económica de Puerto Rico y la sostenibilidad de su deuda² —creado el 29 de junio de 2015 a solicitud del Gobernador de la isla—, conocido como Informe Krueger³, pone de manifiesto que los problemas económicos de Puerto Rico son estructurales y no cíclicos; de ahí la necesidad de desarrollar un Plan de Ajuste Fiscal y Económico que contenga diversas medidas de carácter administrativo y legislativo.

Los datos contenidos en el Informe son sumamente reveladores. Por un lado, destaca el hecho de que Puerto Rico se haya beneficiado hasta hace bien poco de una fiscalidad excepcional sobre la base de la cual ha confiado su competitividad. En efecto, las empresas manufactureras gozaban hasta 2006 de una exención que atrajo la inversión de grandes multinacionales, pero al acabar esta ventaja las empresas fueron cerrando. Quizás sea ésta una de las principales causas de la crisis, pero no es la única.

La aprobación de NAFTA en los años noventa⁴ —tal y como señala el Informe Krueger— ha afectado profundamente a la economía de la isla, pues otros países de su entorno geográfico se convirtieron en grandes competidores con una mano de obra mucho más barata, atrayendo así a los inversores. El sector turístico, otrora principal fuente de empleo, ha dejado de jugar un papel preponderante en la economía isleña; la fuerte competitividad de otros países del Caribe ha atraído el turismo movido por unos precios más económicos.

tar a que se celebrará un nuevo plebiscito en el primer semestre de 2016 (<http://www.caribbeanbusiness.pr/news/pr-governor-says-status-vote-by-2016-98782.html>).

² <http://www.gdbpr.com/documents/puertoricoawayforward.pdf>.

³ <http://www.gdb-pur.com/spa/documents/OE-2015-022.pdf>.

Puede consultarse también el post de J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Puerto Rico, la isla bonita cerca de la quiebra», <http://globalpoliticsandlaw.com/2015/07/14/puerto-rico-la-isla-bonita-cerca-de-la-quiebra/>.

⁴ <http://www.naftanow.org>.

La lectura del Informe Krueger pone de manifiesto que —en su condición de Estado Libre Asociado— Puerto Rico tiene un estatus particular del que derivan una serie de condicionantes que han lastrado su economía. La aplicación de algunas normas federales estadounidenses, como por ejemplo el cumplimiento de la *Jones Act* —norma por otro lado típicamente colonial—, en virtud de la cual todo transporte de mercancías entre puertos estadounidenses debe hacerse con barcos construidos en EE.UU. y con bandera estadounidense, dispara los costes de transporte y deja al país en situación de desventaja frente a sus competidores latinoamericanos⁵.

Por otro lado, la falta de reformas y de inversiones estadounidenses ha lastrado la economía puertorriqueña, y como muestra un botón: la energía se produce y distribuye por una empresa pública ineficiente cuya tecnología está desfasada, lo que implica que los costes energéticos sean mucho más elevados que en EE.UU. Existen, además, numerosas normas que restringen la competencia y desincentivan la inversión empresarial.

Fruto de las circunstancias señaladas, se produce un movimiento migratorio hacia el continente norteamericano nada desdeñable. Los datos manejados en el Congreso de los Estados Unidos revelan que la media de puertorriqueños que emigran se eleva a 48.000 personas al año en el período 2010-2013, frente a los apenas 11.000 del período 1990-2000⁶. Un movimiento migratorio de estas dimensiones no se conocía en la isla desde la Segunda Guerra Mundial, y una de las consecuencias que se deriva de ello es el descenso de los ingresos fiscales.

Pero junto a las causas económicas no pueden desdeñarse tampoco las que tienen su origen en una incorrecta política fiscal y un fuerte déficit.

Sea como fuere, el Gobierno puertorriqueño parece estar preparando un plan de reestructuración de su deuda, al mismo tiempo que presiona para que EE.UU. le permita acogerse a la Ley Concursal estadounidense, tal y como hiciera, entre muchas otras ciudades, Detroit. El problema es que ello requiere un cambio legislativo para el que no hay consenso aún. Si se permitiera que Puerto Rico se declarara

⁵ Así viene a reflejarlo Stephen LUBBEN, *Puerto Rico and the Bankruptcy Clause*, 88 AM Bankr LJ 553 (2014).

⁶ Vid. *Examining procedures regarding Puerto Rico's political status and economic outlook*, <http://naturalresources.house.gov/uploadedfiles/tianahearingmemofinalfinal.pdf>.

COHN, D'VERA, Eileen PATTEN, and Mark Hugo LOPEZ, «Puerto Rico Population Declines on Island, Growson U.S. Mainland», Pew Research Centers Hispanic Trends Project RSS, Pew-Research Center, 11 Aug. 2014. Web. 19 June 2015. <http://www.pewhispanic.org/2014/08/11/puerto-rican-population-declines-on-island-grows-on-u-s-mainland/>.

en bancarota, sería la más grande de un «gobierno regional» en la historia de EE.UU. Para que nos hagamos una idea, Detroit, otrora próspero foco de industria y cultura, solicitó —con una deuda cercana a los 20.000 millones de dólares— su declaración en concurso en julio de 2013, aprobada por el Tribunal el 3 de diciembre de 2013. Tras la aceptación del plan de reestructuración el 7 de noviembre de 2014⁷, salió oficialmente del concurso el 11 de diciembre de 2014 al aprobarse los presupuestos para el nuevo ejercicio. Pues bien, la deuda de Puerto Rico es mucho mayor que la de Detroit al ascender a 72.000 millones de dólares, deuda absolutamente inasumible tras más de ocho años de recesión económica.

III. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE BANCAROTA: ¿UNA SOLUCIÓN PARA PUERTO RICO?

Ante la delicada situación económica y financiera de la isla, el Gobierno desea acogerse a la Ley Concursal estadounidense. Inmediatamente, la pregunta que se suscita es cuál es ese régimen al que aspira a acogerse Puerto Rico, por qué no es de aplicación siendo ésta un Estado Libre Asociado y si realmente ésta sería una solución para ella.

1. Breve referencia al régimen concursal estadounidense

Los Estados Unidos tienen unas peculiaridades a nivel jurídico que los separa radicalmente de la mayoría de los ordenamientos continentales (a excepción de la legislación alemana). En efecto, su principal singularidad en la materia que nos ocupa descansa en el hecho de que permite a determinados entes públicos —las «municipalidades»— acogerse a un procedimiento concursal, algo que contrasta radicalmente con lo previsto en nuestra ley, concretamente en el artículo 1.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que determina que «no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público».

El análisis de las diferentes normas aprobadas a lo largo del siglo XIX en EE.UU., hasta la *Bankruptcy Act* de 1898, revela que fueron normas

⁷ <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/88be1846-66a9-11e4-91ab-00144feabdc0.html?siteedition=intl#axzz3LyYX29cu>.

de vigencia temporal limitada, aprobadas al albur de las diferentes crisis económicas que iban surgiendo, superadas las cuales las normas se derogaban, lo que favorecía que el vacío federal fuera cubierto por las legislaciones de los Estados. La principal solución para evitar el concurso era exigir a la municipalidad que ejerciera sus competencias impositivas recaudatorias para generar fondos que permitieran el pago de la deuda, porque la posibilidad de reestructurar las obligaciones de deuda municipales a nivel estatal estaba limitada por lo establecido en el Artículo 1, sección 10, cláusula 1.^a, de la Constitución norteamericana, conocida como «Cláusula de contratos», que establece que «ningún Estado podrá... aprobar ninguna Ley que menoscabe las obligaciones de los Contratos...».

La crisis económica de 1929 pone a muchas municipalidades en una situación económico-financiera extremadamente complicada encontrándose un número importante de ellas en la imposibilidad de reembolsar o pagar la deuda ni siquiera incrementando los impuestos. La imposibilidad de reestructurar la deuda hizo necesaria una regulación a nivel federal que abordara la concursabilidad de las municipalidades, lo que se produce en 1934⁸. No obstante, el Comité del Senado cuestionó la constitucionalidad de la norma al atribuir a las municipalidades facultades que interferían con los poderes de los Estados soberanos, lo que confirmó el Tribunal Supremo en el asunto *Ashton vs. Cameron County Water Improvement District No. 1*, 298 U.S. 513 (1936). La Ley de 1937, que sustituye a la de 1934, atribuye más poder a los Estados para evitar los problemas planteados en *Ashton* y su constitucionalidad es confirmada por el Tribunal Supremo en el asunto *Estados Unidos vs. Bekins*, 304 EE.UU. 27 (1938). Desde entonces se fueron introduciendo pequeñas modificaciones hasta la reforma integral de la legislación concursal que se produce en 1978, en que se aprueba la *Bankruptcy Act* actualmente vigente.

El Título XI del *Bankruptcy Code*, comprendido dentro del *United States Code*, dedica el capítulo 9 al *adjustment of debts of a municipality*. Éstas se definen como *political subdivision or public agency or instrumentality of a state*, esto es, subdivisiones políticas, agencias públicas o entes instrumentales de un Estado; en definitiva, se refiere a Administraciones locales, así como Administraciones de ámbito inferior al Estado (lo que incluye ciudades y condados) que sean insolventes [en los términos del 11 USC § 101 (32) (c)] y que pueden declararse voluntariamente en concurso (nunca a instancia de los acreedores)

⁸ Sobre la regulación estadounidense del concurso de las municipalidades, vid. I. FERNÁNDEZ TORRES, *El concurso de los entes públicos y sus contratistas*, Aranzadi, 2015.

con el fin de reequilibrar su situación patrimonial, siempre y cuando la ley estatal lo permita⁹. La filosofía que subyace en la regulación norteamericana es la de proteger a las municipalidades en dificultad mientras negocian un plan de ajuste de sus deudas¹⁰ con los acreedores. Se entiende que el concurso, lejos de resultar un castigo, constituye un privilegio pues permite a las municipalidades renegociar sus obligaciones desde una posición de fuerza (quita, espera o refinanciación mediante el otorgamiento de nuevos préstamos)¹¹.

El eje principal del procedimiento es el plan de pagos que la municipalidad deberá adjuntar en la solicitud de declaración de concurso o en el momento posterior que determine el juez (sección 941 del *US Code*). Dicho plan, a tenor de lo dispuesto en la sección 943 del *US Code*, deberá ser justo, equilibrado y factible¹² para que pueda aprobarlo el juez¹³, tras lo cual devendrá vinculante para los acreedores, salvo que no hubieran tenido conocimiento de la declaración de concurso (sección 944 del *US Code*).

De este régimen, sin embargo, han de entenderse excluidos los distintos Estados de la Unión, a pesar de que, recientemente, la cuestión está siendo objeto de debate no exento de polémica¹⁴. Existe un pro-

⁹ Vid. F. TUNG, «After Orange County: Reforming California Municipal Bankruptcy Law», *Hastings Law Journal*, vol. 53, págs. 5 y ss.

¹⁰ Section 946 [enacted as section 943] is adopted from current section 94 [section 414 of former title 11]. The test for confirmation is whether or not the plan is fair and equitable and feasible. The fair and equitable test tracts current chapter X [chapter 10 of former title 11] and is known as the strict priority rule. Creditors must be provided, under the plan, the going concern value of their claims. The going concern value contemplates a «comparison of revenues and expenditures taking into account the taxing power and the extent to which tax increases are both necessary and feasible». Municipal Insolvency, *supra*, at p. 64, and is intended to provide more of a return to creditors than the liquidation value if the city's assets could be liquidated like those of a private corporation. Housereport no. 95-595.

¹¹ E. BERGLÖF, *A Control Theory of Venture Capital Finance*, 10 J.L. Econ. & Org., 247, 252 n.º 6 (1994).

¹² Por la propia particularidad del sujeto que se halla en estado de insolvencia y de la finalidad de los bienes —destinados al servicio de los intereses generales—, no se contempla la liquidación de éstos para su reparto entre los acreedores.

¹³ Una de las cuestiones más controvertidas que se suscita en torno al plan de reestructuración es si debe contemplar necesariamente un incremento de impuestos o no. Conforme a la regulación norteamericana, el juez podrá no aceptar el plan fundando su negativa en el hecho de que no responde a los principios de la buena fe ni ha sido adoptado en el mejor interés de los acreedores [vid. S. KUPETZ DAVID, *Municipal Debt Adjustment Under the Bankruptcy Code*, 27 Urb Law 531, 599 (1995)]. La cuestión radica, pues, en determinar si el juez debe aprobar un plan de reestructuración en caso de que la municipalidad no adopte las medidas necesarias para maximizar sus ingresos de tal forma que le permitan pagar a sus acreedores. K. A. KORDANA postula, tras haber realizado un examen exhaustivo, una interpretación flexible, adoptada a cada caso («Tax Increases in municipal Bankruptcies», *Virginia Law Review*, vol. 83, núm. 6, sept. 1997).

¹⁴ M. MCCONNELL, «Extending Bankruptcy Law to States», en *When States go Broke*, eds. Peter CONTI-BROWN/David A. SKEEL Jr., Cambridge University Press, 2012, pág. 229.

blema de base constitucional que radica en el hecho de que las municipalidades no son consideradas como entes soberanos, mientras que los Estados sí, por lo que no podrían quedar sometidos al control judicial. La extensión del concurso a los Estados exigiría una modificación del capítulo 9 que impidiera a los tribunales anular las decisiones fiscales y gastos del Estado. Algunos autores, tras el inicio de la crisis financiera de 2008, propusieron la adopción de una norma que abordara el concurso de los Estados y evitara esa interferencia con la soberanía estatal a que nos hemos referido. Ello se haría: i) sobre la base de que sólo el Estado tuviera competencia para iniciar el procedimiento, y ii) que se favoreciera un marco regulatorio que permitiera la regulación de ajustes al margen del Tribunal¹⁵.

2. Régimen aplicable en Puerto Rico

Bajo la *Bankruptcy Act* de 1898, Puerto Rico estaba expresamente incluido en la definición de Estado y, en consecuencia, la norma era de aplicación en el Estado Libre Asociado¹⁶. De hecho, hasta 1984, Puerto Rico recibía el mismo trato de un Estado federal respecto a la aplicación del *Bankruptcy Code*.

A partir del año 1979¹⁷, el Congreso empezó a revisar la ley y realizar una serie de correcciones de carácter técnico fruto de las cuales y en virtud de la nueva definición introducida en 1984¹⁸ en relación con el concepto de «Estado» se excluyó —sin razones o explicación alguna aparente— a Puerto Rico —en tanto Estado Libre Asociado— del ámbito de aplicación del capítulo 9. Todo parece apuntar a un olvido o imprecisión a la hora de definir en las referidas reformas iniciadas en 1979 el término «Estado», del que quedó excluido Puerto Rico¹⁹. De

¹⁵ Vid. G. TRIANTIS GEORGE, «Bankruptcy for the States and By States», en *When States go Broke*, eds. Peter CONTI-BROWN/David A. SKEEL Jr., Cambridge University Press, 2012, pág. 237.

¹⁶ *Bankruptcy Act* de 1 de julio de 1898, ch. 541, 30 Stat. 544, § 1 (29). Subpart 29 of section 1 of the 1898 Act Provided that: «States' shallin clude the Territories And possessions to which this Act Isormay here after be applicable, Alaska, And the District Of Colombia».

¹⁷ El texto del Código de 1978 no incluía definición alguna de «Estados Unidos», lo que favoreció que surgieran dudas acerca de la aplicación del Código al Estado de Puerto Rico vistas las exigencias establecidas en la sección 109. Al respecto, vid. William TORRES & W. Randolph TORRES, *The New Chapter 13: Hope for the Debtor; Protection for the Creditor*, 49 Rev. Jur. U.P.R. 265, 266 (1980). Asimismo, vid. Inre SEGARRA, 14 B.R. 870, 872 (Bankr. D.P.R. 1981) (finding the Bankruptcy Code applied in the Commonwealth).

¹⁸ Vid. *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act* de 1984, Pub. L. No. 98-353, 98 Stat. 333 [enacting 11 U.S.C. § 101 (52)].

¹⁹ La problemática radicaba en parte en la definición de los conceptos *governmental unit*, *State* y *Commonwealth*. Su diferente conceptualización se interpretó como indicativa de un intento de aplicar el Código de 1978 sólo a los cincuenta Estados de la Unión, si bien la ju-

hecho, tal es la confusión que a Puerto Rico se le aplica todo el *Bankruptcy Code* a excepción del capítulo 9²⁰. La cuestión no planteó ningún problema durante los años de expansión o crecimiento económico.

Sin embargo, la recesión y, en consecuencia, la situación de crisis insostenible a la que se enfrenta Puerto Rico, unido al vacío legal, llevaron al Congreso del Estado Libre Asociado a aprobar la Ley núm. 71, de 28 de junio de 2014, *Ley para el cumplimiento con las deudas y la recuperación de las Corporaciones Públicas*, conocida coloquialmente como «Ley de quiebra criolla». El 6 de julio de 2015, el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos del Primer Circuito («Tribunal de Apelaciones») confirmó la decisión del Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico («Tribunal de Distrito») de 6 de febrero de 2015 que declaró inconstitucional la Ley núm. 71 de 2014²¹. El fundamento de dichas decisiones radica en que la Constitución federal estadounidense recoge en el Artículo I, sección 8.^a, entre las competencias del Congreso federal la potestad de «establish [...] uniform Laws on the subject of Bankruptcies through out the United States»²².

Especialmente interesante se revela el voto particular del juez R. Torruella del Valle (juez del Tribunal de Apelaciones para el Primer Circuito), quien señala no sólo la inconstitucionalidad de la Ley criolla, sino que va más allá y la invoca también respecto de la reforma de 1984 que establece un trato dispar a la isla sin una base racional que lo justifique.

El Secretario del Departamento de Justicia de Puerto Rico ha anunciado la determinación del Estado Libre Asociado de recurrir al Tribunal Supremo de Estados Unidos para que se reconozca la constitucionalidad de la Ley de quiebras criolla²³.

Por otro lado, el congresista Pierluisi, el pasado 11 de febrero, presentó un Proyecto de Ley, «H.R. 870. To amend title 11 of the United Sta-

risprudencia se movía en dirección opuesta: *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 675 (1974); *Americana of Puerto Rico, Inc. v. Kaplus*, 368 F. 2d 431, 438 (3d Cir. 1966); *United States v. Laboy-Torres*, 553 F. 3d 715, 722 (3d Cir. 2009) (O'Connor, J.); *Jusino Mercado v. Commonwealth of Puerto Rico*, 214 F. 3d 34, 42 (1st Cir. 2000).

²⁰ (52) «The term “State” includes the District of Columbia and Puerto Rico, except for the purpose of defining who may be a debt or under chapter 9 of this title» (11 U.S.C. § 101: US Code - Section 101: Definitions. Vid. <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/11/1/101#sthash.1FWNPkWO.dpuf>).

²¹ *Franklin California Tax-Free Trust, et al., v. Commonwealth of Puerto Rico, et al.*, Appeal No. 15-1218 (1st Cir. filed Feb. 18, 2015).

²² Sobre la interpretación de dicha cláusula, vid. J. SCHENCK KOFFLER, «The bankruptcy clause and exemption laws: a reexamination of the doctrine of geographic uniformity», *NYU Law Review*, abril 1983; D. A. AUSTIN, «Bankruptcy and the myth of “Uniform Laws”», *Seton Hall Law Review*, vol. 42, págs. 1081 y ss.

²³ <http://www.indicepr.com/noticias/2015/07/09/news/45550/puerto-rico-acudira-al-tribunal-supremo-de-estados-unidos/>.

tes Code to treat Puerto Rico as a State for purposes of chapter 9 of such title relating to the adjustment of debts of municipalities», que propugna que Puerto Rico sea equiparado al resto de los Estados a los efectos de poder aplicar el Capítulo 9 del *Bankruptcy Code*²⁴ y permita, en consecuencia, declarar en concurso a las municipalidades. Dicha propuesta ha merecido el respaldo de algunos senadores que el pasado 15 de julio presentaron un Proyecto de Ley en esa misma línea, *The Puerto Rico Chapter 9 Uniformity Act* (S. 1774)²⁵. Debe advertirse que la propuesta legislativa no va en la línea de autorizar a todas las municipalidades a solicitar el concurso sin más, sino a permitir que el Estado de Puerto Rico adopte la decisión que estime más oportuna sobre qué municipalidades y en qué condiciones pueden presentar la solicitud. De hecho, conviene advertir que el ámbito de aplicación de la norma está bastante restringido en el sentido de que ni las ciudades ni el propio Puerto Rico pueden someterse al procedimiento. Así, no parece que, en consecuencia, pueda plantearse problema de constitucionalidad alguno, pues la regulación no entra en conflicto con las normas federales²⁶. Dicha solución no es extraña en la regulación norteamericana; y es que, en efecto, no todos los Estados miembros de la Unión están sometidos al mismo régimen, sino que en algunos se prohíbe a las municipalidades que soliciten la declaración de concurso²⁷, mientras que en otros está permitido²⁸.

La norma H.R. 870 es relativamente simple. Al margen de hacer explícita la aplicación del régimen concursal a Puerto Rico, contiene una cláusula en virtud de la cual el régimen se aplica a las deudas anteriores a la fecha de publicación de la norma [H.R. 870 § 3(b)(2)], lo que permite una solución financiera general ya que en otro caso, es decir, si sólo se aplicara a las deudas futuras, carecería de virtualidad. Algunas voces se han alzado en contra de la referida previsión al entender que la retroactividad podría quebrantar el principio de buena fe o incluso lle-

²⁴ La iniciativa puede consultarse aquí: <https://www.congress.gov/114/bills/hr870/BILLS-114hr870ih.pdf>.

²⁵ <https://pierluisi.house.gov/media-center/press-releases/us-senators-introduce-identical-companion-bill-to-hr-870-the-puerto-rico>.

²⁶ *Effect of National Bankruptcy Act On State Insolvency Statutes*, 49 Yale L.J. 1090, 1092 (1940) («[A] number of courts have wungover to the “blind spot” theory. Although Recognizing that Congress Has the power to legislate completely and exclusively on the subject of bankruptcies, such opinions posit that Congress Has simply declined to provide for those classes out side the scope of the Act. Thus, On the assumption that there is no conflict with the Federal Act, State in solvency laws have be enupheld...»).

²⁷ Así, el Código del Estado de Georgia, Título 36, O.C.G.A. 36-80-5 (2010) 36-80-5.

²⁸ Ala Code, § 11-81-3: Alabama Code - Section 11-81-3: Issuance of Refunding or Funding Bonds as to Adjustment, etc., of Indebtedness - See more at: <http://codes.lp.findlaw.com/al-code/11/3/81/1/11-81-3#sthash.EjRDIrri.dpuf>.

gar a ser considerada inconstitucional. Al respecto debe señalarse que las primeras normas concursales norteamericanas hasta la aprobación de la Ley de 1898 contuvieron todas una cláusula de retroactividad, sin que sobre ellas existiera duda alguna respecto a su constitucionalidad. El Tribunal Supremo ha entendido que el Congreso —al amparo del Artículo 1, sección 8.^a, cláusula 4.^a, de la Constitución norteamericana— tiene facultad para aprobar una norma de este tipo, tal y como hizo en *Hanover Nat'l Bank v. Moyses*, 186 U.S. 181, 188 (1902). La doctrina señala que los únicos supuestos en los que la retroactividad podría ser cuestionada es en aquellos en los que se pone en juego el derecho de propiedad, y éste rara vez se ve afectado en el capítulo 9 por cuanto el régimen de protección de los acreedores garantizados es muy riguroso [vid. al respecto 11 USC §§ 506 (a), 1129 (b)(2)(A), 1325 (a)(5)(B)].

Desde que se presentara la H.R. 870, el congresista ha ido recabando tanto el apoyo de expertos en la materia²⁹ como de los medios y de empresas con presencia e intereses económicos en la isla; cuenta, además, con el apoyo de los acreedores, lo cual es significativo. En favor del Proyecto, unos argumentan que se garantizaría la primacía de la ley sobre cualquier otro principio gubernativo y que, además, no supondría ningún coste adicional o gasto para el Estado de la Unión o para los contribuyentes. Pero es que, al margen de todos estos argumentos, todos ellos válidos, no debe olvidarse que la principal bondad del capítulo 9 radica en ofrecer una solución a la colectividad de los acreedores en caso de insolvencia de una municipalidad. Cuando se carece de un procedimiento colectivo la solución pasa por las ejecuciones individuales, lo que siempre deja a algunos acreedores insatisfechos. Ése es, en consecuencia, uno de los principales argumentos a favor de la existencia de un procedimiento colectivo.

3. Soluciones a la situación de Puerto Rico

¿Sería una solución para Puerto Rico poder acogerse a la Ley estadounidense de bancarrota? Algunos autores en EE.UU. vienen manifestándose en los últimos tiempos en contra de la aplicación del régimen concursal a las municipalidades por diversos motivos. En primer lugar, qué duda cabe que el concurso tiene un coste reputacional y eco-

²⁹ http://judiciary.house.gov/_cache/files/3d23d6bc-617f-4420-98d9-1b75bddfbc10/john-pottow-testimony.pdf.

nómico para la municipalidad muy elevado (los costes económicos derivan no sólo del procedimiento *per se*, sino del hecho de que al lesionarse la reputación de la municipalidad su actividad económica puede verse dañada). Pero es que, además, se ha constatado que el Derecho concursal aplicable a las municipalidades no soluciona ni modifica ninguna de las circunstancias que favorecieron la crisis de la municipalidad. El procedimiento concursal busca una reestructuración de las deudas y, aun cuando la renegociación se hace desde una posición de fuerza, la municipalidad verá su deuda reducida, pero en ningún caso condonada. Por el contrario, al no alterarse las bases que coadyuvaban a esa situación de crisis será fácil —y de hecho en la práctica se ha planteado muchas veces— que, transcurrido un cierto plazo, la municipalidad deba acogerse de nuevo a un procedimiento concursal³⁰. Y es que, como bien exponen algunos autores, los gastos, la estructura de ingresos y, en definitiva, todo el funcionamiento de la municipalidad se mantienen inalterados tras el concurso. Es por ello por lo que el procedimiento sólo se revela adecuado cuando la insolvencia se produce como consecuencia de la concurrencia de un acontecimiento, digamos, inesperado que altera sustancialmente la economía del ente municipal (un desastre natural, el pago de una indemnización...), y no lo es para resolver un problema de carácter financiero/fiscal endémico³¹.

Si el procedimiento concursal no se revela adecuado³², ¿qué soluciones pueden, pues, propugnarse? Estos autores abogan por un modelo de Supervisión Estatal Proactivo que opere no sólo cuando la sociedad es insolvente, sino que sea el Estado quien controle las entidades de forma continua y cuando aprecie signos de crisis intervenga para —de forma preventiva— evitar que ello siga evolucionando. Esa supervisión activa implica la creación de un Consejo que vigile la muni-

³⁰ Vid. en este sentido O. KIMHI, *Chapter 9 of the Bankruptcy Code: a solution in search of a problem*, 27 Yale J. Reg. 351, 359 (2010), pág. 13.

³¹ C. GILLETTE, «What States can learn from Municipal Insolvency», en *When States go Broke*, eds. Peter CONTI-BROWN/David A. SKEEL Jr., Cambridge University Press, 2012, pág. 99.

³² Debe añadirse aquí que en el Derecho norteamericano existe una tensión añadida entre las municipalidades y los gobiernos centrales. En efecto, las entidades que solicitan acogerse al capítulo 9 mantienen durante el procedimiento concursal su autoridad y su capacidad para decidir su política fiscal. Sin embargo, la decisión de acogerse a un procedimiento concursal en el marco del referido capítulo es una opción que no está exenta de consecuencias sobre otras municipalidades o, incluso, sobre otras unidades políticas de gobierno. Ello hace que los gobiernos centrales se planteen la opción del rescate en detrimento del concurso, lo que permite al Gobierno central imponer fuertes restricciones y condiciones a la municipalidad rescatada. Por el contrario, la municipalidad insolvente se encuentra con una herramienta que le permite presionar y amenazar al Gobierno central con la asunción de los costes del rescate (C. GILLETTE, *Political will and Fiscal Federalism in municipal Bankruptcy*, march 2011, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory research paper series working paper n.º 11-22).

cipalidad y que sea el que, llegada la ocasión, prepare un plan de ajuste fundado, por un lado, en la reducción de costes y, por otro, en la puesta en marcha de ciertas medidas por parte del Estado: ayudas directas de éste, reformas de impuestos³³...

Dejando a un lado la posibilidad de crear este Consejo de supervisión, se propone también la posibilidad de crear los *Budget Stabilization Funds* —BSF—, instrumento fiscal que permite el ahorro en épocas de prosperidad para hacer uso de esos fondos en momentos de crisis³⁴. La práctica pone de manifiesto que en aquellos lugares donde se ha hecho uso de este mecanismo, ha permitido afrontar las crisis en mejores condiciones.

En definitiva, de lo expuesto se infiere que en aquellos modelos en los que se ha extendido el concurso a las Administraciones territoriales se opta por plantear soluciones alternativas al considerar que el concurso *per se*, aunque adaptado al tipo subjetivo, no se revela como un instrumento idóneo para solventar las situaciones de crisis. Ni el patrimonio es liquidable ni los servicios pueden dejar de prestarse. Pero es que, además, el procedimiento concursal no soluciona los problemas intrínsecos a las municipalidades y su financiación.

Es cierto que es necesario proveer soluciones para las crisis de las municipalidades, algo extraordinariamente frecuente en estos momentos. Y no es menos cierto que el régimen ordinario concursal no resulta adecuado en absoluto para las municipalidades. Aun cuando todo esto es cierto, tampoco puede negarse que han de buscarse soluciones porque la mayor parte de estos entes no pueden desaparecer sin más.

Ahora bien, el régimen concursal estadounidense tampoco es ninguna panacea, y ello porque su finalidad u objetivo es limitado: la reestructuración de la deuda. Desde esta perspectiva, no parece que acogerse a la legislación estadounidense vaya a solucionar los problemas de Puerto Rico, y ello porque, a la vista de la información que proporciona el Informe Krueger, los problemas de la isla son de carácter estructural y, en consecuencia, es necesario que las reformas que se emprendan sean también estructurales³⁵.

³³ En el año 2003, Pittsburgh atravesó una fuerte crisis; un déficit presupuestario de 35 millones y un endeudamiento de 879 millones de dólares. Ésta fue la única ciudad que en los años 2009-2010 carecía ya de déficit según los datos de *The Philadelphia Reserach Initiative*. Por su parte, el Estado de Carolina del Norte puso en marcha una Comisión de Gobierno Local que también ha tenido un éxito notable (vid. O. KIMHI, *Chapter 9 of the Bankruptcy Code...*, págs. 54-57).

³⁴ HOU YILIN, *Budgeting for Fiscal Stability over the Business Cycle: a counter cyclical Fiscal Policy and the Multiyear Perspective on budgeting*, 66 Pub. Admin. Rev. 730, 736-739, 2006.

³⁵ De hecho, el pasado 8 de julio, el Presidente del *House Judiciary Committee*, así como el Presidente del *Subcommittee on Regulatory Reform, Commercial and Antitrust Law*, emitieron

En todo caso, y para concluir, consideramos que EE.UU. debe dar alguna solución o salida a Puerto Rico. Más aún, quizás sea el momento también de abordar el futuro de la isla y revisar su condición de Estado Libre Asociado, cuestión esta última que dista mucho de ser sencilla o estar clara

un comunicado en los siguientes términos: «Today, we met with our Republican colleagues on the Judiciary Committee to discuss the issues facing Puerto Rico. While no consensus was reached, a general concern was expressed that to provide Puerto Rico's municipalities access to chapter 9 of the Bankruptcy Code would not, by itself, solve Puerto Rico's difficulties, which are associated with underlying structural economic problems. These problems need to be addressed and we continue to monitor the developments in Puerto Rico and are actively assessing the merits of any potential congressional response» (<http://judiciary.house.gov/index.cfm/2015/7/goodlatte-and-marino-statement-on-recent-developments-regarding-puerto-rico>).